

1) Bitte kl
2) A → Not

Gz.: 8 Ns 26 Js 6425/08

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

der 8. Strafkammer des Landgerichts München II
in der Strafsache gegen

[REDACTED] in Teheran, iranischer
Staatsangehöriger, ledig, ohne Beruf,
wohnhaft: [REDACTED]

wegen illegalen Aufenthalts

hier: Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Amtsgerichts Dachau vom
16.07.2008

aufgrund der Hauptverhandlung vom

11. März 2009

EINGEGANGEN
11. Mai 2009
Rechtsanwälte Wächtler & Kollegen

, an der teilgenommen haben

Vorsitzender Richter am LG Meyberg

als Vorsitzender

Denk Christine, Mletzko Anett

als Schöffen

Staatsanwältin Vogler

als Beamter der Staatsanwaltschaft

Rechtsanwalt Heinold

als Verteidiger

Justizobersekretär Sunkomat

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

- 1) Auf die Berufung des Angeklagten wird das Urteil des Amtsgerichts Dachau vom 16.7.08 aufgehoben und der Angeklagte freigesprochen.**
- 2) Die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeklagten fallen der Staatskasse zur Last.**

Gründe:

Mit Urteil des Amtsgerichts Dachau vom 16.07.2008 wurde der Angeklagte wegen eines Vergehens des unerlaubten Aufenthaltes ohne Pass gemäß §§ 3 Abs. 1, 48 Abs. 2, 95 Abs. 1 Nr. 1 Aufenthaltsgesetz für schuldig befunden und er deswegen zu einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde.

Gegen dieses Urteil hat der Angeklagte mit Schriftsatz vom 22.07.2008 Berufung eingelegt. Die Berufung des Angeklagten ist form- und fristgerecht eingelegt (§§ 312, 414 StPO) und auch im Übrigen zulässig. Sie erweist sich als erfolgreich: Das Urteil des Amtsgerichts Dachau war aufzuheben und der Angeklagte freizusprechen.

I.

Dem Angeklagten lag folgender Sachverhalt zur Last:

Der Angeklagte sei iranischer Staatsangehöriger. Er habe sich im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland im Zeitraum 01.09.2006 bis 16.01.2008 aufgehalten, ohne im Besitz eines erforderlichen gültigen Passes oder Ausweisersatzes gewesen zu sein, was dem Angeklagten bekannt gewesen sei.

II.

In der Berufungsverhandlung wurde der Sachverhalt, so wie er dem Angeklagten zur Last liegt, als zutreffend festgestellt. Die Berufungskammer hat darüber hinaus folgendes festgestellt:

1. Der Angeklagte ist am 07.12.2002 illegal in das Bundesgebiet eingereist und hat seinen auf ihn ausgestellten iranischen Reisepass zurückgelassen oder seinem Schleuser gegeben. Erstmals am 21.01.2007 stellte der Angeklagte Asylantrag mit der Begründung, er habe in Teheran an einer Studentendemonstration teilgenommen, sei festgenommen und erst nach 10 Tagen wieder entlassen worden, wobei er in der Zwischenzeit geprügelt worden sei. Mit Bescheid des Bundesamtes

für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge vom 04.03.2003 wurde der Asylantrag abgelehnt. Eine hiergegen vom Angeklagten erhobene Klage blieb erfolglos, der Bescheid wurde am 14.07.2003 rechtskräftig. Am 25.06.2004 stellte der Angeklagte Asylfolgeantrag und brachte hierbei die gleichen Gründe vor, wie auch im Asylantrag. Er trug vor, von seiner Familie einen Brief erhalten zu haben, er solle nicht zurückkehren, weil er im Iran mit Verfolgung zu rechnen habe, aufgrund seiner Teilnahme an einer Studentendemonstration. Der Asylfolgeantrag wurde mit Bescheid vom 23.05.2005 abgelehnt, die hiergegen erhobenen Klagen blieben erfolglos. Der Bescheid ist seit 13.10.2008 bestandskräftig.

Bereits mit Bescheid vom 04.03.2003 wurde dem Angeklagten die Abschiebung angedroht. Eine Abschiebung ist indes nicht möglich, weil der Angeklagte nicht im Besitz eines iranischen Reisepasses ist.

Für den Angeklagten ist eine mit Personalangaben und Lichtbild versehene Duldung (Aussetzung der Abschiebung) ausgestellt, die immer wieder für 3 Monate verlängert wird, wobei sich der Angeklagte selbständig um die Verlängerung kümmert. Erstmals am 25.11.2008 hat der Angeklagte auch eine von iranischen Behörden ausgestellte Geburtsurkunde vorgelegt.

2. Der Angeklagte war mehrfach vom Landratsamt Dachau darauf hingewiesen worden, dass er sich Ausweispapiere verschaffen müsse. Am 29.12.2003 hat der Angeklagte eine entsprechende Belehrung unterschrieben, in der Folgezeit jeweils die Unterschrift verweigert. Der Angeklagte hat einmal bei der iranischen Botschaft in Berlin vorgesprochen, dort konnte ihm ein Reisepass nicht ausgestellt werden, da die benötigte Staatsangehörigkeitsurkunde sowie ein Personalausweis im Original nicht vorlagen.

Der Angeklagte hat darüber hinaus zu einem nicht genau bekannten Zeitpunkt Mitte des Jahres 2007 versucht, im iranischen Generalkonsulat in Frankfurt/Main vorzusprechen.

3. Das für die Ausstellung von Reisepässen zuständige Generalkonsulat der islamischen Republik Iran in Frankfurt/Main setzt für die Ausstellung eines iranischen Reisepasses an einen in Deutschland lebenden Iraner voraus, dass dieser mit zwei Antragsformularen eine neue iranische Kennkarte (vergleichbar wohl einem Personalausweis), ein Lichtbild, den abgelaufenen iranischen Pass mit Ausreisestempel und Aufenthaltserlaubnis der deutschen Behörden, eine

Anmeldebescheinigung und eine ausführliche Erklärung, wie er aus dem Iran ausgereist ist und wie der Asylantrag akzeptiert worden ist und wie die jetzige Situation ist. Darüber hinaus muss der Angeklagte angeben, dass er bereit sei, freiwillig in den Iran zurückzukehren. Für die Abgabe dieser Freiwilligkeitserklärung genügt eine formlose Erklärung gegenüber dem Konsulat oder gegenüber den Ausländerbehörden. Wird eine solche Freiwilligkeitserklärung nicht abgegeben, wird ein Antrag auf Erteilung eines iranischen Reisepasses erst gar nicht zur Bearbeitung angenommen.

III.

Der Angeklagte hat sich zur Sache über seinen Verteidiger nur insoweit eingelassen, als ihm die Beschaffung eines Passes nicht möglich sei, da er hierzu eine Freiwilligkeitserklärung abgeben müsse, er aber nicht bereit sei, freiwillig in den Iran zurückzukehren, da er dort mit Repressalien rechne. Den ihm zur Last liegenden Sachverhalt hat der Angeklagte damit – implizit – eingeräumt.

Der (ergänzend) festgestellte Sachverhalt beruht insbesondere auf den Angaben der einvernommenen Zeugin , die als zuständige Mitarbeiterin beim LRA Dachau mit der Angelegenheit betraut ist und auch anhand der mitgebrachten Akten umfassende und detailgenaue Angaben machen konnte. Anlass an der Glaubwürdigkeit der Zeugin oder der Glaubhaftigkeit von deren Angaben zu zweifeln, haben sich für die Kammer nicht ergeben. Die Zeugin bestätigte (wie auch aus dem zur Verlesung gekommenen Merkblatt des Generalkonsulats der islamischen Republik Iran ersichtlich), dass eine Reihe von Anforderungen – darunter die in den Feststellungen aufgezählten – seitens der iranischen Behörden an die Ausstellung eines Reisepasses geknüpft werden. Der Angeklagte könne ihrer Erfahrung nach zwar jederzeit einen Pass erhalten, so seien ihr aus ihrer Verhaltenspraxis durchaus zahlreiche Fälle bekannt, in denen von iranischen Behörden ein iranischer Reisepass ausgestellt werde. Der Angeklagte müsse dort jedoch persönlich vorsprechen und eine sogenannte Freiwilligkeitserklärung in Schriftform (ohne weiteres Formerfordernis) vorlegen. In dieser müsse der Angeklagte (lediglich) erklären, dass er freiwillig bereit sei, in den Iran zurückzukehren. Ohne eine solche Freiwilligkeitserklärung werde der Angeklagte bei einer Auslandsvertretung des Iran nicht vorgelassen, der Antrag auf Ausstellung eines neuen Passes daher gar nicht zur Bearbeitung angenommen. Nach Auffassung des Landratsamtes sei der Angeklagte aber zur Abgabe einer solchen Freiwilligkeitserklärung verpflichtet.

IV.

Der Angeklagte war freizusprechen, da die zur Passerlangung unerlässliche und vom Angeklagten geforderte Freiwilligkeitserklärung – weil für den Angeklagten eine Lüge – unzumutbar ist.

Nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 Aufenthaltsgesetz wird bestraft, wer entgegen § 3 Abs. 1 i.V.m. § 48 Abs. 2 Aufenthaltsgesetz sich im Bundesgebiet aufhält, ohne im Besitz eines erforderlichen Passes oder Passersatzes zu sein. Ein Ausländer, der einen Pass weder besitzt noch in zumutbarer Weise erlangen kann, genügt der Ausweispflicht gemäß § 48 Abs. 2 Aufenthaltsgesetz mit der Bescheinigung über einen Aufenthaltstitel oder die Aussetzung der Abschiebung, wenn sie mit den Angaben zur Person und einem Lichtbild versehen und als Ausweisersatz bezeichnet ist.

Nach § 95 Abs. 1 macht sich strafbar nur, wer zumutbare Anstrengungen zur Erlangung eines Passes oder Ausweisersatzes unterlässt und daraufhin passlos bleibt. Falls die Bemühungen zur Erlangung eines Reisepasses unzumutbar sind oder nicht zum Erfolg führen, muss es genügen, wenn der Ausländer einen Anspruch auf einen deutschen Ausweisersatz besitzt, wobei in der Verwaltungspraxis ein solcher Anspruch anerkannt ist, wenn der Ausländer ein Passdokument nicht in zumutbarer Weise erlangen kann. Den Besitz eines Passes oder Passersatzes steht daher – verfassungsrechtlich nicht geboten, aber von der Rechtsprechung anerkannt – der Anspruch eines Ausländers auf einen Ausweisersatz gleich, falls er einen Aufenthaltstitel besitzt oder seine Abschiebung ausgesetzt ist (vgl. auch BVerfG Beschluss vom 12.9.2005 – 2 BvR 1361/05 mwN, LG Freiburg InfAuslR 2004, 258, Leoppold/Vallone ZAR 2005, 66ff.).

Nach dem festgestellten Sachverhalt wird ein Antrag auf Aufstellung eines iranischen Reisepasses nur angenommen, wenn der Angeklagte eine sogenannte Freiwilligkeitserklärung abgibt. Der Angeklagte weigert sich indes, eine solche abzugeben, weil sie nicht der Wahrheit entspricht. Er fühlt sich im Iran verfolgt und hat Sorge, dort mit Repressalien zu rechnen. Freiwillig gehe er keinesfalls in sein Heimatland zurück. Die abzugebende Freiwilligkeitserklärung wäre daher für den Angeklagten eine Lüge.

Ob die Abgabe einer unrichtigen Freiwilligkeitserklärung noch zumutbar ist, wird kontrovers diskutiert. Ein Teil der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung (z.B. zu §§ 25 Abs. 5 und 49 Abs. 2 Aufenthaltsg, § 15 Abs. 2 Nr. 6 AsylVfG; vgl.

Niedersächsisches OVG NVwZ 2003, Beil. I 7, S.54; OVG Rheinland-Pfalz NVwZ-RR 2007, 494; BayVGH Beschluss vom 28.9.2007 – 19 ZB 07.1163; a.A. Sächsisches OVG, Beschluss vom 21.6.2007 – A 2 B 258/06) und der Sozialgerichte (vgl. z.B. LSG NRW Beschluss v. 29.1.2007 – L20 B 69/06) hat die Auffassung vertreten, es sei jedenfalls einem rechtskräftig abgelehnten Asylbewerber zumutbar, die Freiwilligkeitserklärung abzugeben. Ein Ausländer sei verpflichtet an der Beschaffung eines Identitätspapiers mitzuwirken, von dieser Pflicht sei die Abgabe der zur Beschaffung von Heimreisedokumenten von den jeweiligen Vertretungen des Heimatstaates geforderten und mit deutschem Recht in Einklang stehenden Erklärungen umfasst.

Dem gegenüber vertreten die mit Strafsachen befassten ordentlichen Gerichte jedenfalls überwiegend die Auffassung, dass die Abgabe einer unrichtigen Freiwilligkeitserklärung nicht mehr zumutbar sei (OLG Nürnberg, Urteil vom 16.01.2007, 2 St OLG SS 242/06; vgl. auch OLG Frankfurt Beschluss vom 27.7.1999, InfAuslR 1999, 465; OLG Köln NVwZ-RR 2007, 133; weitere Nachweise bei Melchior, Internet-Kommentar zur Abschiebungshaft (alt), Anhang d).

Letztgenannter Auffassung schließt sich die Kammer in vollem Umfang an.

Anerkannt ist, dass ein Ausländer einen Pass dann nicht in zumutbarer Weise erlangen kann, wenn ihm von seinen Heimatbehörden ein Pass verweigert wird oder wenn er einen solchen nicht in angemessener Zeit oder nur unter schwierigen Umständen erhalten kann. Dabei dürfen die Anforderungen zur Erlangung eines Passes nicht zu hoch angesetzt werden. Das Zumutbarkeitskriterium soll lediglich der Nachlässigkeit oder der Bequemlichkeit des Ausländers Einhalt gebieten (vgl. BayObLG StV 2005, 213).

Zwar ist es im Regelfall jedem Ausländer zuzumuten, bei dem Staat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt oder in dem er vor der Einreise in das Bundesgebiet seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, einen Pass zu beantragen. Wenn also ein Ausländer entgegen seiner Rechtspflicht nicht einmal zu einem Antrag auf Erteilung eines neuen Passes bereit ist, verbietet sich grundsätzlich die Annahme, ein solcher sei in zumutbarer Weise nicht zu erlangen. Auch allein der Umstand, dass der Angeklagte, wenn er einen Pass erlangt, mit seiner Abschiebung zu rechnen hätte, führt noch nicht zur Unzumutbarkeit. Wenn indes die Auslandsvertretung auf Anfragen nicht reagiert oder Anforderungen stellt, die billigerweise vom Antragsteller nicht erfüllt werden müssen, kommt eine Bewertung, dass die Erlangung eines Passes unzumutbar sei, in

Betracht (vgl. BayObLG StV 2005, 213). Das Ansinnen, dass sich jemand zur Erreichung eines bestimmten Zweckes – hier der Passerlangung – der Lüge bedienen muss, ist eine Zumutung und damit das Gegenteil von „zumutbar“. Dementsprechend kann es dem Angeklagten auch nicht angelastet werden, dass er sich bislang lediglich zweimal um die Ausstellung von Papieren bemüht hat, denn ohne eine für den Angeklagten unrichtige Freiwilligkeitserklärung wird ein Antrag des Angeklagten – wie die sachkundige Zeugin bekundete – gar nicht erst zur Bearbeitung angenommen.

Die Kammer verkennt nicht, dass das Asylverfahren gegen den Angeklagten rechtskräftig abgeschlossen ist, die vom Angeklagten geltend gemachten Gründe, nicht in den Iran zurückkehren zu wollen, also bestandskräftig als nicht tragfähig (nota: nicht als nicht zutreffend) zurückgewiesen worden sind. Insofern ist der Angeklagte gemäß § 48 AufenthaltsgG, § 15 Abs. 2 Nr. 6 AsylVfG i.V.m. § 49 Abs. 2 des AufenthaltsgG verpflichtet, an der Beschaffung von Heimreisedokumenten mitzuwirken. Diese Mitwirkungspflicht umfasst aber nur solche Erklärung, die der Ermittlung der Identität und der Staatsangehörigkeit dient. Die – völkerrechtlich durchaus fragliche – Abgabe einer Erklärung über die Freiwilligkeit einer Ausreise gehört – zumal wenn unzutreffend – nicht zu den einem Ausländer obliegenden Mitwirkungspflichten (vgl. auch OLG Köln NVwZ-RR 2007, 133; OLG Celle vom 16.10.2003 bei Melchior, aaO.).

Selbst wenn man die Abgabe der Freiwilligkeitserklärung als eine von der Mitwirkungspflicht umfasste Obliegenheit ansieht, welche sich aus der Ausreisepflicht als solche ergeben könnte, so bleibt die abzugebende Erklärung für den Angeklagten inhaltlich eine Lüge. Die Erklärung, freiwillig in den Iran zurückkehren zu wollen, ist zwar nur formlos abzugeben und erschöpft sich im Grunde genommen in der Bekundung der Bereitschaft, der bestehenden Ausreisepflicht ohne staatlichen Zwang Folge leisten zu wollen. Gerade dies will der Angeklagte aber nicht. Sicher hat der Angeklagte (worauf die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zurecht hinweist, vgl. z.B. OVG NRW, Urteil vom 18.06.2008, 17 A 2250/07) nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten, die er zu akzeptieren hat, zumal das Funktionieren einer Rechtsordnung auch davon abhängt, dass getroffene Entscheidungen – hier die Bestandskraft der Ablehnung des Asylantrages – effektiv umgesetzt werden können.

Es geht vorliegend indes nicht – auf diesen Unterschied weist auch die genannte verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur Begründung ihrer von den Strafgerichten abweichenden Auffassung hinweist – um die Gewährung von Leistungen,

Vergünstigungen oder um Fragen der ausländerrechtlichen Anerkennung, sondern um die Frage, ob das Unterlassen einer Mitwirkungspflicht zu einer strafrechtlichen Sanktion – mit in letzter Konsequenz freiheitsentziehenden Maßnahmen – führen kann. Dabei ist einerseits zu sehen, dass § 95 Abs.1 Nr. AufenthaltsG dem über die Frage des Aufenthaltsrechts hinausgehenden, eigenständigen – völkerrechtlich legitimen – Ziel dient, die Identität, Nationalität und auch die Rückkehrberechtigung eines sich im Bundesgebiet aufhaltenden Ausländers festzustellen. Insofern soll die Passpflicht auch verhindern, dass ausreisepflichtige Ausländer in Deutschland bleiben, weil sie ohne Ausweispapiere nicht in ihre Heimat abgeschoben werden können (vgl. BT-Drucks. 11/6321, 44). Andererseits fordert das Gesetz – namentlich das Ausländerstrafrecht – von einem nach Deutschland gekommenen Ausländer wahrheitsgemäße Angaben, in dem es z. B. unrichtige Angaben in den Fällen des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthaltsG und § 95 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 i. V. m. § 49 Abs. 1 AufenthaltsG ausdrücklich unter Strafe stellt. Es würde daher das Ausländerrecht konterkarieren, strafrechtlich sanktioniert die Abgabe unrichtiger Erklärungen zu verlangen. Es ist zur Überzeugung der Kammer mit rechtstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar, einen nach Deutschland gekommenen Ausländer mit (u.U. freiheitsentziehender) Strafverfolgung zu belegen, weil er nicht lügt.

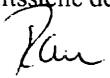
Aus den genannten Gründen kommt auch eine Ahndung als Ordnungswidrigkeit nach § 98 Abs. 2 Nr. 3 i. V. m. § 48 Abs. 3 S. 3 AufenthaltsG nicht in Betracht.

V.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 473 StPO.

Meyberg
Vorsitzender Richter
am Landgericht

Für den Gleichlaut der Ausfertigung
mit der Urschrift
München, den 27. MRZ. 2009
Geschäftsstelle des Landgerichts München II


JUSTIZRÄTIN
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

